

# O Brasil como cliente do sistema de solução de controvérsias da OMC

Jorge Fontoura

*La solidarité c'est la façon la plus intelligente de l' égoïsme*  
André Malraux

Entre as variadas visões que se tem do Brasil no imaginário europeu, há o recorrente estereótipo do país no qual os sentimentos prevalecem sobre a razão. Pode soar belo como poesia, porém, como economia, é péssimo. Crê-se também ser o Brasil um país de paradoxos, o que, ao contrário da primeira imagem, é verdade inconteste.

Bem a propósito de tais devaneios, quando consideramos a perspectiva do Brasil como ator global, de imediato nos encontramos em face de imenso paradoxo, desdobrado em dilema de personalidade. Na qualidade de ator global, opõem-se dois Brasis inconciliáveis, tanto nas negociações diplomáticas quanto nos árduos caminhos da inserção internacional: o país tido como rico entre os países pobres e pobre entre aqueles ricos.

No que concerne ao tema do presente artigo, tal paradoxo de personalidade ganha contornos precisos, a considerar a leitura irretorquível dos números. E os números não são opiniões: posto que não participemos, senão com cerca de um por cento do comércio internacional, somos dos mais importantes clientes do Sistema de Solução

Jorge Fontoura, doutor em direito, membro-consultor do Conselho Federal da OAB, é professor titular do Instituto Rio Branco e professor do programa de doutorado do UniCEUB.

de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, em Genebra. Estamos em número de casos atrás tão-somente dos Estados Unidos, da União Europeia, com suas vinte e sete soberanias, e do Canadá.

Participes diretos, como demandantes ou demandados, em trinta e oito casos, empatamos com a Índia, porém somos mais pró-ativos, pois atuamos como propositores de *panels* em número maior de demandas. Assim, o Brasil aparece na qualidade de primeiro em meio aos países em desenvolvimento. Como autores, desde o início do primeiro caso, WT/DS 4, de abril de 1995, já temos agregada bastante experiência, com 24 contenciosos. Fomos demandados em 14 casos, não só por países industrializados, como Estados Unidos, Canadá e Japão, bem como por países de economias emergentes, como Filipinas (consulta referente a coco ralado, WT/DS 22) e Índia (consulta referente a direito *antidumping* sobre sacos de juta, WT/DS 229), em que não se chegou a solicitar, todavia, a abertura de *panel*. Em um balanço eloquente *per se*, o Brasil atuou, diretamente ou como terceira parte, em 87 feitos, em um rol de 399 notificados à OMC desde sua instalação em 1995. Para efeitos de comparação, cumpre verificar os números totais de casos dos membros mais ativos no sistema de solução de controvérsias da OMC: os Estados Unidos participaram diretamente em 199 casos; as Comunidades Europeias, por sua Comissão, em 146 casos; e o Canadá, bem mais abaixo, apresenta 47 casos. Podemos verificar que, além das controvérsias envolvendo diretamente o Brasil, como reclamante ou reclamado, temos interesses em algumas disputas entre outros países. Em alguns casos, esse interesse se concretiza com a participação do Brasil no contencioso em vestes de terceira parte, atualmente em expressiva ocorrência de quase meia centena de casos.

Há na leitura desses números paradoxais, no entanto, fiel projeção do que seja o Brasil de tantas nuances, como realidade fragmentada e como potencialidade difu-

sa, em sua participação comercial. Desde logo, pode-se auferir que o país dispõe de economia versátil e de grande vitalidade, absolutamente competitiva, e em plenas condições de fazer face ao enfrentamento político e jurídico que a inserção internacional requer. Afinal, na *rationale* do grande mercado, para entrar é necessário conflitar, ainda que pelos meandros sutis da controvérsia comercial internacional. Diversificada em variado leque de categorias, desde as mais previsíveis *commodities* até produtos industriais de alto valor agregado, a pauta brasileira de comércio exterior vai literalmente do aço às aeronaves. Ao considerarmos o conteúdo da agenda de contenciosos em Genebra, realizamos de imediato o caráter variegado e abrangente das postulações, com todas as conclusões que se podem formular. Lidamos com *commodities*, como era de se esperar, mas também conflitamos no caudaloso setor de agroalimentação. E vamos além, no domínio seletivo de contraditórios industriais e de produtos de alto valor agregado, como se afigurou o emblemático caso de concessão de subsídios estatais à fabricação de aviões de transporte de passageiros de médio porte, envolvendo as empresas brasileira e canadense, respectivamente, Embraer e Bombardier, casos Aeronaves WT/DS 46, DS70 e DS222, Canadá *versus* Brasil e Brasil *vs.* Canadá, devido à representação diplomática que vige no sistema OMC, em que Estados subrogam-se nos eventuais direitos de seus jurisdicionados.

De fato, a OMC só concebe legitimidade *ad causam* para Estados, conforme ocorre no estrito âmbito do direito internacional público, a cercear a possibilidade de indivíduos, de empresas ou de organizações não-governamentais nela demandar *in pectore*. Não obstante sejam as contendidas comerciais comumente entre empresas e não entre Estados, vigora, por conseguinte, a prática da representação diplomática, na qual os Estados, sujeitos plenos de direito internacional, representam seus jurisdicio-

nados. A aceitação, ainda que isolada, de parecer (*amicus curiae*) de organização não-governamental, no caso Estados Unidos da América *versus* República de Camarões, WT/DS58, tem ensejado uma série de procedentes críticas, tendo em vista sua notável impropriedade, em face da natureza de que devem ser possuidores os partícipes formais das relações jurídicas encetadas perante o macro fórum genebrino.

É importante observar que, além de Estados, apenas blocos econômicos com personalidade jurídica podem litigar. Vale dizer, zonas de livre comércio, sem política externa comum, como o NAFTA, não dispõiam de *legitimatio ad causam* perante o sistema de solução de controvérsias da OMC. As Comunidades Europeias dispõem da específica faculdade de agir, por serem portadoras de personalidade jurídica internacional, conforme se reconhece aos blocos econômicos que sejam minimamente uniões aduaneiras, perfeitas ou não, com razoável coordenação de política comercial e macroeconômica, e política externa integrada. Vale salientar ser o MERCOSUL, formalmente, pessoa jurídica de direito público externo, conforme consignado no art. 30 do Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994. Tal personalidade jurídica exerceu-se em seguidas oportunidades, como no Tratado de Madri, de 17 de dezembro de 1995, celebrado entre o bloco sul-americano e a Comissão Europeia, em nome de suas Comunidades. Logo, em tese, nada impediria litigância em bloco por parte do MERCOSUL em fóruns comerciais internacionais, desde que alcançadas as citadas coordenações ademais de conjunções de vontades políticas, o que corresponde a atributo de inexcável importância, ainda não devidamente valorizado e observado pelos “sócios de Assunção”. No que concerne ao bloco europeu, tem-se verificado efetiva atuação coletiva das Comunidades Europeias, protagonistas de casos de grande relevância e abrangência, alguns em oposição aos Estados Unidos da América,

como a questão das “bananas”, Comunidades Europeias – Bananas, WT/DS27.

Outro fator causador da peculiar posição do Brasil na cena comercial internacional diria respeito à competitividade das exportações, malgrado os fatores tidos como empecilhos para melhor inserção internacional e acesso a novos mercados. Entre tais fatores, arrolam-se a insegurança jurídica e a decantada ineficiência estatal latina geradora de formidáveis obstáculos físicos e entraves burocráticos ao livre comércio e aos investimentos. Não há como deixar de considerar que o breve percurso histórico que permite afirmar ser o Brasil um país bem posicionado como contendor internacional deve-se mais ao esforço isolado de instituições e de funcionários abnegados do que à iniciativa metódica e ordenada, com qualidade e eficiência. Tampouco à organização setorial dos agentes econômicos envolvidos nos contenciosos, tanto na OMC quanto no MERCOSUL. A atuação pontual de setores, provendo meios hábeis a dar sustentação às ingentes necessidades das atuações técnicas em contenciosos, ainda que verificadas em alguns casos, não pode ser tomada como regra.

Malgrado todas as situações adversas, as expressivas vitórias que o Brasil tem conquistado demonstram que o comércio internacional vem vivenciando, de fato, clima de “adensamento de juridicidade”, na expressão consagrada de Celso Lafer, com manifesta prevalência de aspectos jurídicos sobre aqueles políticos, afastando-se a deletéria ideia de ser a OMC mero clube de ricos, em detrimento de países emergentes, mantenedora de privilégios e de distorções imemoriais do comércio internacional, como *OMC-Organization Mondiale du Caviar*, na blague consagrada pelos seus críticos.

Da mesma forma, vencemos controvérsia sobre produção açucareira contra as Comunidades Europeias, caso WT/DS 266, contra quem também obtivemos sucesso, no caso WT/DS 269, que implicava restrições

de Bruxelas às carnes de frango cortadas e salgadas, produto dos mais concorrenenciais de nossa pauta de exportações. Ainda como exemplo recente, temos o sucesso brasileiro no contencioso comercial contra os Estados Unidos, sobre produção algodoeira, caso WT/DS 267, com importantes consequências para países em via de desenvolvimento, muitos deles beneficiários de novas políticas a serem constitutivamente observadas pelos países desenvolvidos ou de industrialização acentuada.

Com todos os limites que costumam eivar as instituições humanas, e com todas as injunções que se verificam a partir do fisiologismo das instâncias de poder, a OMC é, de fato, significativo momento de imposição de *potestas* jurídica, obrigando os países, na expressão de Delmas Marty, a *pluralismo jurídico ordenado* (In: *Le Droit Internationale en Devenir. Éssais Écrits au Fil des Ans*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990). Dispondo de aparato virtualmente cogente e sugestivamente sancional, sem ser impositivo consoante a forma clássica de *Municipal Law*, o modelo OMC é inovador na gestão e pacificação de conflitos comerciais. Em lugar do tradicional direito de coordenação das relações de Direito Internacional Público, surge um direito metavinculante, ou, mais propriamente, de voluntarismo subordinado, em que, na ausência da pacificação pelos meios político-diplomáticos convencionais, busca-se a construção do consenso com base em relatório jurídico sancionador, que comina obrigação de cumprimento a quem violou o direito e possibilidade de retaliação em caso de descumprimento. De natureza impositiva sob condição, sempre declaratório e eventualmente constitutivo, o relatório só não será implementado mediante querer consensual de todos os membros da Organização, a partir da inventiva fórmula do consenso invertido, adotado já na constituição da prestigiosa organização multilateral, em 1994, na célebre conferência do Marrocos.

Embora o Brasil tenha muito a fazer pela sua inserção na economia global, o acachapante contraste entre nossa mínima participação no comércio externo e a ingente atuação nas disputas da OMC mostram, com clareza didática, quão grande são as potencialidades e responsabilidades do país, a par de outros desafios que têm sido assumidos. Com efeito, a primeira página do *Financial Times*, de 26 de junho de 2001, traz com grande destaque a foto do então Embaixador brasileiro José Alfredo Graça Lima, falando a jornalistas na OMC, após a desistência norte-americana do contencioso com o Brasil, em função de patentes de remédios destinados ao tratamento da AIDS. Tanto a manchete da matéria quanto o texto em si não deixam dúvida quanto às dificuldades que têm sido enfrentadas pelo Brasil na macropolítica comercial internacional: “US RETREAT DEALS FRESH SETBACK TO DRUGS GROUPS”. E prossegue, em texto de abertura da matéria: *The USA government yesterday dropped its complaint against Brazil's patent law at the World Trade Organization, dealing a fresh blow to the position of leading pharmaceutical companies in the developing world*.

Com longo caminho a percorrer, o Brasil deverá assimilar rapidamente as necessidades ditadas pelo fortalecimento da competitividade de qualquer Nação com aspirações de crescimento e de desenvolvimento. Com relevo no que tange ao conhecimento, à informação, à inovação, à agilidade e à qualidade de produção. A Embraer, notabilizada nos contraditórios da OMC, é exemplo poderoso do que se pode fazer: a mais bem sucedida empresa subtropical no processo de integração às cadeias produtivas desenvolve tecnologia, interpreta de forma expedita as necessidades do mercado mundial, assegurando bilhões de dólares em sua carteira de encomendas firmes, destinadas a dezenas de países, dos mais diversos continentes.

A natureza não dá saltos. O bom desempenho brasileiro em suas postulações junto

à OMC não é de geração espontânea, mas fruto de consequente esforço de instituições governamentais e de seus funcionários, aliadas à produção acadêmica das melhores. No plano político, vale relevar que os dois últimos Ministros de Relações Exteriores do Brasil, embora partícipes de governos antagônicos, Celso Lafer e Celso Amorim, são profundos conhecedores e estudiosos dos meandros da OMC, junto à qual foram atores diplomáticos importantes. Ainda no plano político, é de destacar-se a atuação do Itamaraty, que criou em 2002 uma Coordenação Geral de Contenciosos, chefiada, com continuidade e eficiência, por experimentados partícipes em litigâncias internacionais. Ademais disso, o Ministério de Relações Exteriores do Brasil dispõe de massa crítica acadêmica das mais competentes, a partir de consistente trabalho realizado ao largo dos anos no Departamento de Direito Internacional da Universidade de São Paulo, no qual têm atuado importantes figuras do universo jurídico brasileiro e internacional. É exemplo-mor de tais estivas a laureada atuação profissional de Luiz Olavo Baptista (vários anos membro e presidente do Órgão de Apelação da OMC), frutificada no trabalho de inúmeros alunos, que, após a Academia, acabaram por se consagrar como importantes estudiosos do comércio internacional e de seus meandros, reconhecidos como autoridades mundiais em OMC, como Victor do Prado, na direção da OMC na Suíça, Maristela Basso e Welber Barral, no Brasil, e Elizabeth Accioly, em Portugal.

Armando Monteiro Neto, como Presidente da Confederação Nacional da Indústria, CNI, sempre enfatizou em seus artigos e conferências que o Brasil ainda se apoia muito em seu mercado interno, não investindo na especialização propiciada pelo comércio externo. E, ainda, os níveis médios de educação podem melhorar muito, bem como as taxas de poupança, com o realinhamento das altas taxas de intermediação financeira. Alude ainda o

Presidente da CNI em seu artigo que, se o Brasil quiser e puder pensar estrategicamente, deverá reavaliar suas posições, buscando desenvolver plano de ação para que o país aperfeiçoe seu desempenho em setores tradicionais de seu parque produtivo, desbravando novas áreas promissoras nas quais pode ser muito competitivo.

A mais importante disputa dos últimos anos foi certamente a arbitragem pelo artigo 22.6 do Entendimento Relativo às Regras e Procedimentos para Solução de Controvérsias da OMC no “caso do algodão”, solicitada pelos EUA após o Brasil ter pedido que o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC autorizasse a suspensão de concessões ou dispusesse de outras liberalidades compensatórias. De fato, o Brasil solicitou autorização para “retaliar” os EUA em cerca de US\$ 2.6 bilhões, valor que inclui tanto os subsídios acionáveis (*Marketing Loan* e *countercyclical payments*) como os subsídios proibidos, na forma de garantias de crédito à exportação.

Como os EUA objetaram esse pedido, um painel de arbitragem foi composto com vistas a definir o valor das contramedidas a serem autorizadas. Em 31 de agosto de 2009, laudo arbitral estipulou o valor da retaliação à qual tem direito o Brasil (cerca de US\$ 300 milhões) por conta do continuado descumprimento dos EUA, ademais de autorizar a chamada “retaliação cruzada”, a ser aplicada em propriedade intelectual ou serviços. Trata-se de um dos casos mais complexos em que o Brasil não só participou como obteve vitória contundente no sistema OMC. O valor arbitrado, referenciado ao ano de 2006, quando atualizado para 2009, pode fazer chegar o valor a cerca de US\$ 800 milhões, o segundo maior em toda a história da OMC. Quanto à *cross-retaliation*, sabe-se que, em princípio, as contramedidas devem dar-se geralmente no mesmo setor da disputa original (bens), embora o Brasil tenha sinalizado, já no pedido de 2005, no caso do algodão, não considerar prático ou eficaz retaliar ape-

nas dessa forma. Pleiteou o Brasil, assim, autorização para retaliar em propriedade intelectual e serviços, o que redundaria em resultados bem mais significativos. Após as autorizações concedidas pelos árbitros nos casos Bananas (Equador *versus* CE) e Jogos de Azar (Antigua e Barbuda *vs.* EUA) para retalição no setor de propriedade intelectual – autorizações que, na prática, nunca chegaram a ser aplicadas –, cabe agora ao Brasil, sob critérios mais estritos impostos pelos árbitros, advogar permissão para efetuar a “retaliação cruzada”. Iniciado com consultas, em setembro de 2002, o emblemático caso algodão, sete anos depois, chegou a sua fase derradeira, quando se verificará, finalmente, se os longos e custosos anos de complexo litígio, conduzido com brilhantismo pelo Itamaraty, redundarão em benefício concreto ao país e ao setor cotonicultor afetado, quer seja por cumprimento norte-americano mediante eliminação dos subsídios proibidos ou pela remoção dos efeitos adversos dos subsídios acionáveis, o que é improvável, quer seja pela aplicação de retaliação.

Outro tema da ordem do dia, por assim dizer, recém-encaminhado por decisão da justiça brasileira, refere-se ao rumoroso caso da importação de pneumáticos remoldados. Graças à decisão do Supremo Tribunal Federal, STF, que julgou improcedentes as liminares concedidas permissivas de importação de pneus usados, e também à proibição da importação de pneus nas mesmas condições provenientes dos países do MERCOSUL, pôde o Brasil, em 25 de setembro de 2008, notificar ao órgão de Solução de Controvérsias da OMC o cabal cumprimento da decisão nesse caso, que fora favorável ao Brasil no aspecto ambiental, mas desfavorável no que tange à discriminação das importações comunitárias perante as permitidas do MERCOSUL.

No que concerne a outros casos em andamento, Brasil e Canadá, tradicionais contendores no macro foro comercial internacional, atuam desta feita lado a lado,

contra os subsídios agrícolas estadunidenses. Trata-se do caso DS365, no momento suspenso e ainda não retomado. Há, ainda, outros casos em que o Brasil atua como terceira parte e que estão na perspectiva mais imediata das atenções do MRE, como o caso da China contra os EUA sobre medidas que dificultam as exportações de frangos e do Canadá contra a Coreia por medidas sanitárias contra a importação de carne de gado.

Por derradeiro, mas não com menor importância, vale referir o caso que tem como contendores EUA e CE e cujo objeto da disputa são os subsídios à indústria aeronáutica (*Boeing vs. Airbus*) – aqui também somos terceiros interessados, o que pode ter implicações diretas também nos negócios conduzidos pela Embraer.

Quanto a casos ainda virtuais, o Brasil preparou estudos sobre a possibilidade de questionamento da sobretarifa estadunidense à importação de etanol. Aparentemente, continuam a ser feitas gestões nos níveis comerciais e político, de modo a buscar uma diminuição ou eliminação da tarifa. Nesse mesmo espectro, medidas comunitário-europeias e suíças, que impõem critérios ambientais e laborais à importação de etanol, também estão sendo estudadas com cura pelo governo brasileiro.

Tudo isso mostra que a agenda de contenciosos do Brasil está andando em ritmo regular, sem vinculação direta ou proporcional, até agora, com as dificuldades enfrentadas nas frustradas negociações de Doha. Ainda é cedo para dizer que o retardo nas negociações venham a desencadear mais painéis. Por um lado, podem-se esperar mais pressões dos setores atingidos para que se abram painéis e que casos que estavam “na gaveta”, vinculados ao sucesso da rumorosa Rodada (como questões referentes a algodão, bananas e *antidumping*), possam ser reabertos; por outro, a experiência acumulada pelo Brasil nos últimos anos também remete à cautela e a um cuidadoso estudo acerca da viabili-

dade de novos painéis, em especial diante da recalcitrância dos EUA em curvar-se sem tergiversações às decisões da instância máxima do contencioso comercial internacional. Sabe-se que, embora o sistema de solução de controvérsias da OMC já possa se estimar indene a críticas quanto à sua eficácia, é preciso sempre considerar o custo/benefício das demandas, mercê de seus altos custos e de seus resultados distendidos no tempo. De forma geral, a cautela preside a decisão em ir-se ou não à OMC, não apenas para o Brasil, mas em relação a todos os demais partícipes.

Resta enfatizar ao fim e ao cabo a natureza salutar dos diferendos comerciais que hoje polulam entre países. Só povos amigos praticam comércio e não há conflitos comerciais sem comércio ou potencial comércio. Logo, a expressão “guerra comercial”, tão cara aos meios jornalísticos e congressuais,

é forma indevida de tratar-se uma disputa comercial entre Estados amigos, por mais árdua que ela seja. Nesse passo, cita-se o exemplo da relação bilateral das mais consolidadas entre Canadá e Estados Unidos, não isenta de duríssimos embates comerciais, não comprometedores de alianças políticas e formidáveis interações econômicas. A visão deturpada de conflitos comerciais pode residualmente contaminar o caráter amistoso que deve presidir e conformar as relações internacionais de todos os matizes. Quanto à específica clivagem da atuação do Brasil junto ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, deve-se verificar em conclusão ser o país portador de plenas condições para prosseguir em sua breve e exitosa trajetória de contendor comercial internacional, a estreitar sua integração ao mundo, para exercer o papel que lhe é destinado na economia mundial.